

DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS

A PROPÓSITO DO CASO ACP V. CASA DA MÚSICA / PORTO 2001, S.A.

JORGE SINDE MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES OBJECTO DA ANÁLISE

A Associação dos Comerciantes do Porto, e outros, intentaram uma ação declarativa contra Casa da Música / Porto 2001, S.A., prosseguida, após a extinção desta, contra o Estado português, em que pediam a condenação numa indemnização corresponde aos prejuízos causados aos comerciantes pela realização de obras, no âmbito dos trabalhos de requalificação urbana tendo em vista a realização do evento “Porto, Capital Europeia da Cultura – 2001”.

A execução das obras por parte da Ré, na qualidade de dona da obra, na baixa da cidade, nos anos de 2000 a 2002, demorara um tempo exagerado, com ultrapassagem de todos os prazos previstos, tendo decorrido sem uma adequada preparação e organização, gerando graves perturbações no acesso a essa zona e aos estabelecimentos em causa, com isso ocasionado prejuízos para o comércio, traduzidos num notório abaixamento do volume de negócios (lucros cessantes).

A ação obteve provimento em 1.^a instância¹, tendo sido confirmada pelo Tribunal da Relação do Porto² e pelo Supremo Tribunal de Justiça³.

O núcleo jurídico do pleito resulta com clareza dos pontos V e VI do sumário do Acórdão do STJ, que reproduzimos:

¹ Tribunal Judicial da Comarca do Porto, 3.^a Vara Cível, processo 812/05.9TVPRT, Sentença de 14 de novembro de 2012 (a que tivemos acesso através da base de dados da JusNet).

² Acórdão de 13 de setembro de 2013, processo 812/05.9TVPRT.P1 (site da DGSI).

³ Acórdão de 11 de fevereiro de 2014, processo 812/05.9TVPRT.P1.S1 (site da DGSI).

“V. A clientela, ou aviamento do estabelecimento comercial, sem embargo de não poder ser objeto de relações jurídicas autónomas, é um valor a ter em atenção em caso de transmissão do estabelecimento, sendo algo que se encontra englobado no ativo deste, como coisa incorpórea que do mesmo faz parte.

VI. Nesta leitura, a *diminuição da clientela* pode e deve ser ressarcida se *por via de uma conduta ilícita* for comprovadamente constatada, pois traduzindo o conjunto potencial de pessoas dispostas a contratar com os estabelecimentos considerados, nele adquirindo bens ou serviços, há-de a mesma ser tida em conta na aferição do dano.”⁴

A nossa atenção incidirá exclusivamente sobre o elemento ao qual demos realce, ou seja, um dos requisitos da responsabilidade civil, a ilicitude. Procuraremos averiguar se se depara com uma contrariedade objetiva aos valores e interesses protegidos pelo sistema de responsabilidade civil que permita afirmar a verificação deste requisito⁵.

Fora do campo de análise ficarão os aspetos atinentes ao prejuízo, à culpa e ao nexo de causalidade.

A questão a que procuraremos responder coloca-se nestes termos: admitindo que da realização daquelas obras resultaram prejuízos para os estabelecimentos comerciais das Autoras, deverá considerar-se ilícita a atuação da Ré?

196

II

DA ILICITUDE DELITUAL

A

MODALIDADES

Uma nota importante e característica de qualquer sistema de responsabilidade civil consiste em saber se a lei, de entre os métodos para delimitar o âmbito dos danos ressarcíveis, lança mão desse “filtro” que é o requisito da ilicitude e, caso afirmativo, dos termos em que o reconhece.

⁴ Destacámos, em itálico, a referência à necessidade de a diminuição da clientela provir de uma conduta ilícita.

⁵ Nas considerações subsequentes, atemo-nos, no essencial, aos desenvolvimentos contidos num parecer elaborado numa fase inicial deste contencioso.

O Código Civil português, seguindo as propostas de Vaz Serra⁶, adotou uma posição que se situa entre os pólos constituídos pelos sistemas francês e germânico⁷.

Diferentemente do *Code de Napoléon*, que contém uma irrestrita cláusula geral de responsabilidade civil (art. 1382.º)⁸, entendeu dever inserir aquele pressuposto entre as condicionantes gerais do nascimento de um dever de indemnizar, especificando mesmo no n.º 1 do art. 483.º as duas modalidades fundamentais que pode revestir: violação dos direitos de outrem ou de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios⁹.

Ao fazê-lo, renunciou à antiquada enumeração dos bens e direitos com que se depara na alínea I do § 823 do BGB para a determinação da primeira modalidade de ilicitude¹⁰, adotando uma linguagem aberta que nos parece possibilitar uma mais fácil adaptação à evolução das necessidades e valores da sociedade.

Por outro lado, quanto à cláusula residual de ilicitude, preferiu não fechar o julgador e o intérprete no colete de forças de um “dano causado dolosamente contra os bons costumes”¹¹, abrindo uma ampla possibilidade de utilização delitual da teoria do abuso do direito (art. 334.º), cuja aplicação não deve ser restringida, em nosso entender, às hipóteses de exercício de um direito em sentido técnico¹², antes cobrindo, por maioria de razão, as situações em que, no uso da liberdade geral de agir, se causa um prejuízo mediante um ato contrário aos bons costumes¹³.

⁶ Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 92 (janeiro de 1960), págs. 38-137.

⁷ Com maior desenvolvimento v. o nosso estudo “Responsabilidade Delitual. Da Ilicitude”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2007, pp. 453-481.

⁸ “Qualquer facto do homem, que causa a outrem um dano, obriga aquele por culpa de quem ele se deu, a repará-lo” (VAZ SERRA, ob. cit., pág. 64).

⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, 2000, págs. 533 s.

¹⁰ “Quem, dolosa ou culposamente, lesa antijuridicamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outrem, é obrigado a indemnizar o dano daí resultante” (VAZ SERRA, ob. cit., pág. 43).

¹¹ § 826 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*): “Quem, de um modo ofensivo para os bons costumes, causa dolosamente um dano a uma outra pessoa, é obrigado a reparar o dano daí resultante”.

¹² Cfr. FERRER-CORREIA / LOBO XAVIER, “Efeito Externo das Obrigações; Abuso do Direito; Concorrência Desleal”, *Revista de Direito e Economia*, Ano V (1979), págs. 3 s.

¹³ Cfr. o § 1295/II do Código Civil Geral Austríaco (*ABGB*): “é também responsável (pela reparação) aquele que causa intencionalmente um dano de uma forma ofensiva dos bons costumes; todavia, no caso de isto acontecer no exercício de um direito, somente então quando o exercício do direito tinha manifestamente o objetivo de causar dano ao outro”. V. tb. Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 995.

Mas é essencialmente a primeira modalidade de ilicitude que está em causa. A ela se limitarão as considerações subsequentes.

B

VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE OUTREM

Ao falar em “direitos” nos articulados que antecederam a versão definitiva do art. 483.º, n.º 1, Vaz Serra tinha exclusivamente em vista a violação de direitos subjetivos absolutos¹⁴. Quanto aos direitos de crédito dedicou-lhes um estudo autónomo, defendendo que a sua ressarcibilidade só seria justificada quando tivessem sido causados com abuso do direito¹⁵.

No decurso dos trabalhos de revisão, o legislador-político deixou cair este outro articulado proposto pelo legislador-cientista¹⁶. De forma que se tornou possível defender que também a violação de direitos relativos, em especial de direitos de crédito, goza de proteção delitual, preenchendo o requisito da ilicitude.

Todavia, o facto de a lei ter renunciado a explicitar os termos em que a violação de direitos de crédito por terceiros há-de gerar uma reação delitual não tem de modo algum que significar que a lei tenha querido consagrar aquela solução¹⁷. Apenas que pretendeu deixar uma maior margem de manobra à doutrina e aos tribunais.

E uma boa parte da doutrina continua na verdade a defender como solução de princípio que apenas a violação de direitos absolutos é suscetível de apor à conduta do agente a mácula da ilicitude¹⁸, recusando o chamado “efeito externo das obrigações”, de acordo com o qual sobre os terceiros recairia o dever de não inferir com as relações de crédito alheias, sob pena de poderem vir a responder diretamente perante o credor¹⁹.

198

¹⁴ VAZ SERRA, ob. cit., n.º 13, pág. 112.

¹⁵ VAZ SERRA, “Responsabilidade de Terceiros no não Cumprimento de Obrigações”, *BMJ* 85, págs. 345 s. e art. 734.º do Anteprojeto (versão resumida).

¹⁶ V. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Lisboa, 1973, págs. 114 s.

¹⁷ Francisco Manuel PEREIRA COELHO, *Obrigações, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra, 1967, n.º 52, págs. 67-71, em especial a n. (1) da pág. 70.

¹⁸ Rui ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (com a col. de SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e BRANDÃO PROENÇA), Coimbra, 1983, págs. 77 s.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., pág. 533.

¹⁹ Na jurisprudência, pronunciaram-se a favor do efeito externo as decisões do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de julho de 1964, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 98, 19 s. (com anot. crítica de VAZ

Em algumas situações nas quais, de acordo com os padrões ético-jurídicos dominantes, a responsabilização do terceiro parece impor-se, a solução pode alcançar-se através da doutrina do abuso do direito ou, de todo o modo, através da ideia regulativa que subjaz ao art. 334.²⁰. Essas situações serão sobretudo aquelas que o direito anglo-saxónico engloba no *tort* de *inducing breach of contract*²¹.

C

DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS

Pode acontecer que alguém (pessoa singular ou coletiva) experimente uma desvantagem patrimonial atribuível a um ato de uma outra pessoa, sem que, todavia, lhe possa assacar a violação de um direito subjetivo.

Por exemplo, acreditou na informação acerca da tendência para a alta das ações de uma determinada sociedade, das quais adquiriu um volumoso lote, quando afinal esse valor veio na realidade a diminuir. Se o prejudicado não consegue encontrar um fundamento jurídico concreto com base no qual o informante negligente estivesse obrigado para com ele a dar a informação ou a proceder com cuidado no caso de dar a informação (um contrato ou uma outra relação especial)²², como em regra acontecerá se

199

SERRA, 25 s.) e de 25 de outubro de 1993, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo III, 86 (= *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 430, 455); contra, Acórdãos de 17 de junho de 1969, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 188, 146, de 27 de janeiro de 1993, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo I, 84, bem como o Acórdão da Relação do Porto de 10 de março de 1994, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo II, 197-200.

²⁰ Mesmo autores que entendem que a aplicação do 334.º pressupõe formalmente o exercício de um direito (v.g. Manuel CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, 1997) não contestam de forma alguma o carácter ilícito da causação dolosa de danos contra os bons costumes.

²¹ Alguns casos podem ver-se na coletânea organizada por Tony WEIR, *A Casebook on Tort*, Ninth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, págs. 585 s.

²² A letra da lei do n.º 2 do art. 485.º apenas cobre a hipótese de existência de um dever de informar. Mas a moderna teoria das obrigações vem pondo em destaque, ao lado dos deveres de prestação, outros deveres de conduta, nomeadamente os impostos pelo princípio da boa fé e os trabalhos preparatórios mostram, com respeito a este instituto, que não existe fundamento para um desvio desta linha de orientação. V. Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, “Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)”, *BMJ* 85 (abril de 1959), 243 s., n.º 7, al. f).

a colheu num jornal generalista²³, então não poderá em princípio exigir uma compensação. Há dano, mas não há ilicitude.

As hipóteses modernas de *damnum sine injuria* podem também resultar v.g. do corte negligente de um cabo de condução de energia elétrica, por exemplo devido a negligência do manobrador de uma máquina escavadora durante os trabalhos de abertura de uma vala, do que resulta a interrupção de funcionamento de uma empresa contígua.

A reparação dos danos sofridos pelo proprietário do cabo não suscita dúvidas. Mas se a interrupção do fornecimento de energia não provocou a deterioração das máquinas ou de outros bens do prejudicado, nem danos pessoais, então entende-se geralmente que, por falta de preenchimento do requisito da ilicitude, os prejuízos resultantes da suspensão da laboração não são ressarcíveis²⁴.

Nos países de direito continental onde este pressuposto do dever de indemnizar é requerido pelo direito positivo costuma falar-se em “danos puramente patrimoniais” ou “danos patrimoniais primários”²⁵. No âmbito da *common law*, os danos que alguém suporta no seu património sem prévio ataque físico a pessoas ou a coisas, em princípio excluídos do *tort* de *negligence*, são usualmente designados por *pure economic loss* ou *pure financial loss*²⁶.

200

A ressarcibilidade destes prejuízos não está excluída no nosso sistema delitual. Apenas deixa de se verificar a primeira e mais geral modalidade de ilicitude. Os direitos subjetivos absolutos, ou melhor, os bens e interesses que se encontrem ao abrigo de um direito deste tipo estão protegidos contra toda e qualquer intromissão, a qual indicia a existência de ilicitude. Outros interesses só estarão protegidos ao abrigo das restantes modalidades, isto é, violação de uma disposição legal que, para além das finalidades

²³ Com respeito a revistas especializadas, v.g. em informações de bolsa, a jurisprudência de diversos países recusa ver na sua assinatura um puro contrato de compra e venda, entendendo que a prestação de conselho ou informação se inclui entre os deveres de prestação; v. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, págs. 389s.

²⁴ V. Jaap SPIER (Ed.), *The Limits of Expanding Liability, Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, Kluwer, 1998, respostas ao caso n.º 2 e o respetivo relatório de direito comparado, págs. 37 s. Cfr. Mafalda MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Almedina, Coimbra, 2006.

²⁵ SINDE MONTEIRO, ob. cit., págs. 187 s.

²⁶ Alastair MULLIS & Ken OLIPHANT, *Torts*, second edition, Macmillan, 1997, págs. 47 s.

visadas no sector jurídico onde se insere (penal, administrativo, etc.) visa proteger determinadas pessoas contra certos tipos de danos²⁷ ou uma atuação com abuso do direito.

Existe assim uma certa desvalorização no nosso sistema jurídico, bem como em todos aqueles onde a lei ou a doutrina e a jurisprudência consagraram um entendimento similar da antijuridicidade delitual, destes danos mera ou puramente patrimoniais, ponto de partida do sistema que deverá ser tido em conta na consideração de particulares problemas, v.g. quanto ao ponto de saber se uma determinada disposição legal deve ou não ser interpretada como visando uma proteção delitual de determinados sujeitos. Na dúvida, isto deve aceitar-se com maior facilidade onde estiver em causa um direito absoluto, como a proteção da saúde ou da integridade física, do que se estivermos perante aquele tipo de prejuízos.

Em alguns casos existirá a violação de um direito de crédito. Não está todavia demonstrado que aquelas situações em que se verifique a violação de um direito deste tipo suscitem expectativas mais merecedoras de proteção do que quando isso não se verifica²⁸.

Vejamos então se, no caso em análise, será possível divisar a violação de um direito subjetivo, nomeadamente do direito de propriedade.

²⁷ Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009. Com respeito ao desenvolvimento de “deveres de prevenção do perigo” ou “deveres no tráfego” para a proteção contra danos patrimoniais primários, cf

r. Manuel António CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 253, e Rui de Mascarenhas ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 1057 s., em especial p. 1075,

²⁸ Argumento desenvolvido em especial por P. S. ATIYAH, “Economic Loss in the United States”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5 (1985), 485 s., 486-487.

III

DA VIOLAÇÃO DA PROPRIEDADE

1. Enquadramento. Aludindo o n.º 1 do art. 1302.º do Código Civil apenas a “*coisas corpóreas*” como objeto do direito de propriedade, não é de forma alguma pacífico que o estabelecimento comercial, concebido unitariamente, possa ser objeto deste direito. A questão apresenta em todo o caso particularidades que requerem um tratamento separado. Mas é evidente que se pode verificar a violação da propriedade sobre coisas ou elementos pertencentes ao estabelecimento, pelo que se impõe começemos por considerar os aspetos gerais da violação do direito de propriedade.

2. A base jurídica. O conteúdo do direito de “propriedade das coisas”²⁹ é descrito pelo art. 1305.º: “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”. Esta disposição é determinante para efeitos de responsabilidade civil, bem como em diferentes áreas do direito privado³⁰.

202

A doutrina entende geralmente que não se está perante uma definição, antes de simples apresentação das características deste direito³¹, em que sobressaem as notas da plenitude e exclusividade³². Num plano definitório, Oliveira Ascensão apresenta a propriedade como o “direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se

²⁹ Epígrafe do art. 1305.º do Código Civil de acordo com a Lei n.º 8/2017, de 3 de março, que veio estabelecer um Estatuto Jurídico dos Animais. A propriedade de animais foi, *inter alia*, objeto de regulamentação num novo art. 1305.º-A.

³⁰ Rui PINTO DUARTE, in *Curso de Direitos Reais*, 3.ª Edição, Principia, Cascais, 2013, pp. 353-354, observa que os conceitos de direito de propriedade adotados nas constituições são muitas vezes diversos dos adotados no direito privado. Sobre o art. 62.º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece uma garantia do direito à propriedade privada (“nos termos da Constituição”), v. pp. 361 s.

³¹ Manuel HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, págs. 133-134; Álvaro MOREIRA e Carlos FRAGA, *Direitos Reais* (segundo as preleções do Prof. Doutor MOTA PINTO), Livraria Almedina, Coimbra, 1972, págs. 233 s.; PINTO DUARTE. ob. cit., pág. 49.

³² V. em especial A. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* (reprint 1979), Lex, Lisboa, 1993, págs. 625 s.; com maior generalidade, sobre os “princípios constitucionais do direito das coisas”, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, com Coord. de F. LIBERAL FERNANDES / M. Raquel GUIMARÃES I M. Regina REDINHA, Coimbra Editora, 2012, pp. 139 s.

podem referir”³³ e, numa linha de proximidade, Carvalho Fernandes como “o direito real máximo, mediante o qual é assegurada a certa pessoa, com exclusividade, a generalidade dos poderes de aproveitamento global das utilidades de certa coisa”³⁴.

3. Formas de violação.

a) *Subtração da propriedade*. A disposição ou oneração ilegítimas da propriedade alheia, se eficazes em relação ao proprietário, constituem óbvia violação do direito consagrado no art. 1305.^o³⁵. A importância prática desta hipótese prende-se com o regime instituído em cada país a respeito da aquisição da propriedade por terceiros adquirentes de boa fé, sendo menor entre nós do que na generalidade dos países europeus³⁶.

b) *Atuação sobre a coisa*. Do ponto de vista quantitativo é este o grupo de casos mais vulgar, principalmente as situações de lesão da substância, destruição ou danificação da coisa. Aqui se podem igualmente incluir as situações em que alguém é privado da posse ou as simples perturbações, como a entrada de estranhos em edifícios ou o descarregar de entulho³⁷. Juridicamente, não se suscitam aqui dificuldades.

Viola igualmente o direito de propriedade a introdução de vírus em computadores, o esvaziamento de um pneu e a contaminação do subsolo com petróleo ou de um campo com parasitas ou produtos químicos.

Também assim se os ovos que se encontram em estufa, num aviário, ficam inutilizados devido à interrupção do fornecimento de energia.

Como ingerência na substância da coisa parece dever considerar-se a modificação do estado físico de agregação, v.g. se o metal que se encontra em fundição solidifica devido ao arrefecimento provocado pela falta de energia. Poderá acontecer é que daqui

³³ José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Reais*, 5.^a edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2000, pág. 448.

³⁴ Luís A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 3.^a edição, Quid Juris, Lisboa, 1999, 316.

³⁵ VAZ SERRA, *Requisitos* (...), cit., págs. 78-79. Em geral, Christian von BAR, *Probleme der Haftpflicht für deliktsrechtliche Eigentumsverletzungen*, in *Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft*, n.º 55, 1992.

³⁶ Sobre a não aceitação, entre nós, do princípio “posse vale título”, MOTA PINTO, págs. 54 s.; numa perspectiva comparatística, António MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, Almedina, 1997, págs. 116 s.

³⁷ LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 2, 13. Auflage, München, 1994, pág. 387.

não resulte prejuízo para o proprietário do metal e teremos então uma hipótese de *injuria sine damnum*³⁸.

A simples modificação da localização de uma coisa móvel (um livro ou as fichas de um arquivo) poderá constituir violação da propriedade. Claramente assim se alguém muda de lugar os contentores que se encontram num armazém, de forma que as engrenagens dirigidas por computadores deixam de os conseguir encontrar³⁹.

Ainda neste grupo será de incluir a hipótese de mistura de produtos farmacológicos em alimentos para animais, os quais, pela suspeita de os poderem ter ingerido, não podem ser negociados⁴⁰. O simples perigo de ingestão justifica a inclusão no grupo de atuação fáctica sobre a coisa (ingerência no objeto do direito), mas este caso situa-se já na linha de fronteira para o grupo seguinte, o das puras perturbações da utilização, sem atuação sobre a coisa como tal⁴¹.

Igualmente próximo desta linha de fronteira nos parece situar-se a hipótese sobre a qual incidiu o Ac. da Relação de Lisboa de 30 de setembro de 1993. A deficiente realização de obras no autódromo do Estoril deu origem à formação de uma pequena “lagoa”, do que resultou “a criação de águas estagnadas (...) que provocam concentração de mosquitos e exalam cheiro nauseabundo, que atingem um hotel contíguo (...)”⁴².

204

c) *Puras perturbações da utilização*. Frequentemente de difícil resolução e bastante discutidas na doutrina são as hipóteses em que se verifica uma simples perturbação do fim de utilização, sem uma atuação ou ingerência física sobre a coisa⁴³. Na jurisprudência alemã, decisões nas quais, por este prisma, tenha sido afirmada uma violação da propriedade continuam a ser relativamente escassas⁴⁴.

Vejamos um caso típico (*Fleetfall*). Por culpa do encarregado da manutenção, verificou-se a derrocada da muralha da margem de um canal, do que resultou ter um navio ficado imobilizado longos meses na parte final desta via aquática. Por outro lado, três

³⁸ Neste sentido, Chr. von BAR, ob. cit., pág. 27.

³⁹ Von BAR, ob. cit., pág. 11.

⁴⁰ Está aqui em causa a faculdade de disposição da coisa.

⁴¹ Von BAR, ob. cit., pág. 28 e LARENZ / CANARIS, ob. cit., pág. 388.

⁴² *Coletânea de Jurisprudência*, ano XVIII (1993), tomo IV, págs. 116-117.

⁴³ A nível monográfico, v. em especial Winfried BOECKEN, *Deliktsrechteigentumsschutz gegen reine Nutzungsbeeinträchtigungen*, Berlin, 1995.

⁴⁴ Von BAR, ob. cit., pág. 29; com pormenor, v. BOECKEN, págs. 52 s.

outros navios da autora, que tinha com o detentor de um moinho que comunicava com o porto através daquele canal um contrato de transporte de cargas, ficaram impedidos de atingir a parte final do canal.

O Tribunal Federal considerou ter existido uma violação da propriedade com respeito ao navio que ficara bloqueado, sem poder navegar, mas já não daqueles que ficaram apenas impedidos de proceder aos transportes. A qualidade destes últimos, como meio de transporte, não teria sido tocada, ao contrário do que considerou acontecer com respeito ao primeiro⁴⁵.

Caso paralelo a este, mas respeitante já não à possibilidade de utilização de móveis, antes de edifícios, é o *Tanklagerfall*.

Por via de um procedimento incorreto, tinha deflagrado um incêndio, daí resultando o perigo de explosão de um depósito. A polícia ordenou então a evacuação do edifício de uma empresa da vizinhança por um período de aproximadamente duas horas. Todavia, os veículos de intervenção da polícia e dos bombeiros continuaram a bloquear as estradas de acesso durante mais três horas, o que impediu uma retomada da atividade da empresa.

O Tribunal Federal considerou existir uma violação da propriedade com respeito ao período que demorou a evacuação forçada do edifício; ao invés teve-a por inexistente quanto ao da duração do bloqueio de acesso⁴⁶. A evacuação importara a retirada da posse ou pelo menos uma perturbação da mesma. Com respeito ao bloqueio, em paralelo aliás com o *Fleetfall*, a solução resulta disso que a propriedade de um edifício não abrange em princípio o poder de utilizar as ruas situadas à sua volta (a possibilidade do “uso comum” de estradas ou vias aquáticas não constitui um direito subjetivo para efeitos do direito da responsabilidade, de acordo com uma jurisprudência constante).

Representativos são também os casos em que, devido a um ato culposos, é interrompido o fornecimento v.g. de energia elétrica. Como salientámos de passagem, ao caracterizar a noção de danos meramente patrimoniais (*supra*, II C), tem sido aceito que a mera interrupção da produção não implica uma violação da propriedade⁴⁷.

⁴⁵ BGHZ 55, 153 s.; concordando com a solução, LARENZ / CANARIS, ob. cit., págs. 390-391.

⁴⁶ BGH NJW 1977, págs. 2264 s.

⁴⁷ Cfr. B. MARKESINIS/H. UNBERATH, *The German law of Torts, A Comparative Treatise*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford, 2002, págs. 56-57, com uma tradução para a língua inglesa de diversos casos julgados pelo Tribunal Federal alemão e notas de direito comparado nas págs. 203 s.

4. Conclusões interlocutórias e sequência. A plenitude e exclusividade dos “direitos de uso e fruição” (na terminologia do art. 1305.º) e, com isso, o direito de excluir ou impedir intromissões alheias, não pode significar que toda e qualquer limitação à utilização da coisa que constitui o objeto do direito de propriedade (sem atuação física) implique a sua violação⁴⁸. Como linha de princípio, parece de exigir que a possibilidade de utilização da coisa tenha sido, pelo menos temporariamente, de todo suprimida e não apenas limitada⁴⁹.

E quanto ao direito de livre atuação do proprietário não deve perder-se de vista que este se refere à própria coisa e não à utilização, sobretudo, de coisas de “uso comum”, como são as vias públicas.

Pelo prisma do direito de propriedade sobre coisas corpóreas, não parece, pois, ter existido qualquer violação no caso *sub iudice*.

Nesta perspetiva aparecem em destaque os edifícios onde funcionam os estabelecimentos. Ora a intervenção da Ré processou-se apenas em coisas do domínio público. A ter havido violação de algum “elemento” do estabelecimento comercial, só poderia ter sido a clientela, que, reconhecidamente, não pode ser objeto de um direito real ou absoluto, nem objeto autónomo de tutela jurídica⁵⁰.

Mas as coisas podem focar-se a outra luz. Se não existiu violação do direito de propriedade sobre os estabelecimentos, considerados estes atomisticamente, não poderá divisar-se uma violação do direito de propriedade sobre o próprio estabelecimento, visto como uma coisa unitária?

É o que iremos tentar dilucidar em seguida.

⁴⁸ No domínio das relações de vizinhança, v. o art. 1346.º do Código Civil e a interpretação que lhe é dada por HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., págs. 142-145.

⁴⁹ Cfr. von BAR, ob. cit., pág. 31.

⁵⁰ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 7.ª Edição, Coimbra, 2009, págs. 226-229. Este autor entende, contudo, que a clientela não constitui, “(...) em rigor, elemento (algo constituinte ou componente) da empresa” (pág. 228). Cfr. também José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial, Volume I, Institutos Gerais*, Lisboa, 1998/99, págs. 108-109, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, cit., nota (1) da pág. 139, e Fernando de GRAVATO MORAIS, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 15-24 (com ind. bibliogr.).

IV

ESTABELECIMENTO COMERCIAL, DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO À EMPRESA

1. Estabelecimento comercial e direito de propriedade. Ao estabelecimento comercial, concebido como o “conjunto de meios dispostos pelo empresário para o exercício da sua atividade profissional ou da sua empresa”⁵¹, pertencem coisas corpóreas, incorpóreas e bens não coisificáveis⁵², sendo reconhecido que este bem não se deixa prender à vontade nos esquemas normais da dogmática jurídica⁵³.

Segundo uma conceção que tem prevalecido na escola jurídica de Coimbra, ele será um bem imaterial, mas encarnado num lastro material ou corpóreo, pelo que se apresentaria como um caso de “incorporalidade *sui generis*”⁵⁴. A partir daqui seria possível conceber o estabelecimento como objeto de domínio, apesar do que dispunha o art. 1302.^o⁵⁵. Pois que o art. 1303.^o, n.º 2 acrescenta serem as disposições do código “subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial”, demonstrando isto que o Código Civil admite outras espécies de propriedade, além da que incide sobre coisas corpóreas e sobre animais.

É certo que a remissão é ali efetuada com referência às hipóteses reguladas em legislação especial, o que contudo não obriga a interpretar essa referência com uma intenção limitativa de negação da “qualificação de coisas sujeitas a *dominium* a quaisquer outros entes, como justamente a empresa ou estabelecimento comercial”⁵⁶. Segundo

⁵¹ António Arruda de FERRER-CORREIA, “Sobre a Projetada Reforma da Legislação Comercial Portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 44 (maio de 1984), págs. 5 s., 21.

⁵² COUTINHO DE ABREU, *Curso (...)*, cit., págs. 207 s. e *Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Coimbra, 1996, págs. 41 s.

⁵³ FERRER-CORREIA, ob. cit., n.º 11, pág. 22.

⁵⁴ FERRER-CORREIA, ob. cit., n.º 12, pág., 24, citando ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977, pág. 190; COUTINHO DE ABREU, *Curso (...)*, cit., pág. 232 e *Da Empresarialidade*, págs. 69 s. Para MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial, I Volume*, Coimbra, 2001, pág. 258, haveria que admitir a ideia de “esferas jurídicas especiais”.

⁵⁵ “Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade regulado neste código”, na redação inicial. Na redação da Lei n.º 8/2017, de 3 de março, o texto anterior passou a constituir o n.º 1, tendo sido suprimido o vocábulo inicial “Só”. Mas esta supressão explica-se pela introdução de um n.º 2, respeitante à “propriedade de animais”; não foi outra a *ratio legis* daquela modificação.

⁵⁶ FERRER-CORREIA, ob. cit., págs. 24-25.

Ferrer-Correia, “o presumível é que o legislador não tenha curado disso, ficando o caso totalmente em aberto”⁵⁷.

Esta conceção proporcionaria o melhor enquadramento para a solução de problemas de regulamentação jurídica relativos à matéria do estabelecimento, sendo um destes justamente o da responsabilidade civil, visto que deste modo “o empresário poderá invocar a proteção da lei relativamente a facto de terceiro que, sem atentar propriamente contra elementos singulares da organização, todavia afetem esta no seu funcionamento ou no seu crédito público”⁵⁸.

Este interesse, para efeitos da fundamentação técnico-jurídica da obrigação de reparar o dano causado, só se manifestaria perante situações que ultrapassem o campo da concorrência económica. Ferrer-Correia apresenta então, a título de demonstração, duas hipóteses. Na primeira, um grupo de indivíduos, v.g. por razões políticas, executa um plano tendente a bloquear a distribuição e venda de determinado jornal. Na segunda, um profissional da imprensa ou televisão, ao abrigo desse seu estatuto, promove a publicação ou difusão de uma pretensa apreciação crítica objetiva de alguns produtos ou serviços de uma empresa, sendo que a análise é tendenciosa e não serve outro escopo senão o de denegrir a empresa visada⁵⁹.

208

Nestas situações não pode falar-se de lesão de qualquer dos direitos que incidem sobre as coisas pertencentes ao património do estabelecimento, pelo que o único direito que poderia considerar-se atingido “é exatamente o direito sobre o estabelecimento *como unidade*, como organização de bens e de serviços colimando a produção de um resultado económico – como *res incorporalis* de tipo especial. Direito cuja natureza absoluta não sofre dúvida e cuja qualificação como *dominium* nos parece a mais ajustada (...)”⁶⁰.

2. Indicação de sequência. Que é indispensável encontrar um processo técnico-jurídico para proteção do estabelecimento (como coisa unitária) em situações daquele tipo é algo que não sofre contestação. Discutível é, contudo, se este direito deve ser concebido

⁵⁷ FERRER-CORREIA, ob, cit., pág. 25.

⁵⁸ FERRER-CORREIA, ob, cit., pág. 29.

⁵⁹ FERRER-CORREIA, ob, cit., pág. 30.

⁶⁰ *Idem, ibidem*. GRAVATO MORAIS, *Alienação e Oneração ...*, cit., chama entretanto a atenção para que este direito “tem características próprias, o que o diferencia de outros direitos do mesmo género”, pelo que, no tratamento jurídico, haverá que “...efetuar, por vezes, as necessárias adaptações de regime” (p. 65).

como um direito de propriedade. Convirá, para tomar posição, conhecer a evolução verificada na jurisprudência e doutrina alemãs, invocadas pelo ilustre mestre no final da exposição sobre este ponto⁶¹.

3. O direito à empresa. Também aí se veio a mostrar existir premente necessidade, no domínio empresarial, de encontrar um processo para possibilitar a indemnização de certos prejuízos causados à empresa ou estabelecimento que, de outra forma, seriam tratados como danos patrimoniais puros.

Recorde-se apenas que o § 823 do BGB (equivalente ao nosso art. 483, n.º 1), na sua alínea I, após indicar os bens jurídicos protegidos (vida, corpo, saúde e liberdade), refere em seguida a “propriedade ou um outro direito”. A evolução processou-se através do aproveitamento deste conceito de “um outro direito” (que o legislador parece ter concebido como similar ao direito de propriedade), visto a integração direta no direito de propriedade ser impossibilitada pelos dados do direito positivo, preso à noção tradicional de *res unita corporalis*.

O primeiro, historicamente, e ainda hoje importante grupo de casos, é o de *unberechtigte Schutzrechtverwarnung*. Alguém exige de outrem a suspensão de uma determinada atividade empresarial porque, segundo afirma, violaria um direito de proteção industrial (patente, modelo de utilidade ou industrial, desenho) pertencente ao que se opõe a esta utilização; no caso de se vir a mostrar posteriormente que não existia na verdade este direito de proteção, aquele que negou a legitimidade da utilização deve responder pelo dano patrimonial causado também então se fez a sua afirmação incorreta sem uma cuidadosa verificação e por isso agiu com mera negligência.

Um outro grupo é o de juízos de valor depreciativos (*herabsetzende*) que prejudicam a atividade negocial, a que são de equiparar aqueles em que alguém apela a um boicote, portanto tenta exortar outras pessoas a não entrarem em relações de negócios com determinada empresa ou a suspender essas relações, na medida em que com a exortação ao boicote não prossiga a finalidade de criar uma vantagem concorrencial (nessa medida entram em jogo as disposições do direito da concorrência), mas seja

⁶¹ Último parágrafo do n.º 14, pág. 31.

orientada para a realização de interesses políticos, religiosos, ou outros interesses importantes para a coletividade.

Importantes na prática são ainda as situações em que o réu divulgou acerca do lesado factos prejudiciais para a sua atividade negocial, que todavia são corretos⁶², mas cuja divulgação na forma escolhida dá origem a uma obrigação de indemnização porque, como o réu culposamente ignorou, tinha de conduzir e conduziu efetivamente a consequências económicas muito gravosas para o autor, embora não se estivesse em face de um correspondente interesse urgente do réu ou tivesse sido possível um modo de proceder mais cauteloso⁶³.

Um quinto tipo de casos é o de impedimento físico da atividade empresarial, como o decidido pelo OLG de Düsseldorf (*NJW* 1961, 1925): no passeio, em frente a uma loja, um vizinho mantivera repetidamente e por longo período materiais de construção, dando aso a que os transeuntes escolhessem outro caminho, prejudicando a publicidade da montra; o tribunal considerou existir uma perturbação ilícita, na medida em que ela iria para além do que, de acordo com as circunstâncias e os usos, seria de aceitar.

Quando surgiram os primeiros casos de "advertência ilegítima" acerca do uso de um direito de proteção, os tribunais não tiveram dúvidas de que era imperioso conceder uma indemnização pelo dano puramente patrimonial causado negligentemente; o único problema era o da justificação técnico-jurídica.

Foi então reconhecido como *sonstiges Recht*, no sentido do § 823/I do BGB, o chamado "direito à empresa instituída e exercida" (*Recht am eingerichteten und*

⁶² O § 824 do BGB apenas oferece proteção face a factos não verdadeiros. Neste sentido nos parece dever interpretar-se o art. 484.º do nosso Código, pois o direito civil não pode tratar da mesma forma a verdade e a mentira.

⁶³ Assim decidiu o BGH (decisão de 28.11.1958, in BGHZ 8, 142) num caso em que uma associação económica tinha enviado aos seus membros gratuitamente e sem pedido prévio "listas negras" em que eram indicados como "maus pagadores" todos os membros a respeito dos quais a associação aceitara essa conclusão com base numa análise muito superficial, concretamente acerca dos quais outros associados tinham comunicado que se teriam atrasado nos pagamentos, não tendo a associação averiguado sobre as circunstâncias mais precisas da mora, em especial sobre a extensão, motivos, duração e frequência. O autor exigiu uma indemnização porque tinha recusado ao credor o pagamento de uma importância diminuta e por bons motivos, sendo, não obstante esquematicamente apodado de "pagador lento". O ataque teria prejudicado o "livre desenvolvimento da empresa" protegido pelo § 823/I (como "sonstiges Recht") e, de acordo com as circunstâncias do caso, não teria sido nem "necessário" nem levado a efeito com o "maior cuidado possível dos interesses legítimos do atingido".

ausgeübten Gewerbebetrieb), atualmente com frequência designado de forma abreviada por “direito à empresa” (*Recht am Unternehmen*).

No entanto, e apesar de ser indubitável para todos que uma empresa, em determinadas circunstâncias, tem de poder exigir proteção contra o comportamento ilícito dos seus concorrentes, críticos ou outros terceiros, o exposto enquadramento técnico-jurídico - isto é, a conceitualização do direito à empresa como um direito absoluto de domínio similar à propriedade - nunca foi aceite pacificamente pela doutrina⁶⁴.

4. Inconvenientes da equiparação do direito à empresa ao direito de propriedade. O direito à empresa implica no fundo a criação de uma nova cláusula geral para proteção da atividade económica. Ora a violação do direito de propriedade faz presumir a existência de ilicitude. Concebido este direito à semelhança da propriedade, existe o risco de produzir um desequilíbrio jurídico, sobrevalorizando a vertente (da proteção) da atuação económica face a outros valores, interesses e até princípios.

É hoje em dia pacífico que a ilicitude tem sempre de ser positivamente demonstrada, não bastando para a indiciar a presença do *Tatbestand* da violação da empresa. Uma visão retrospectiva poderá, contudo, tornar as coisas mais claras.

211

Num caso em que um jornal religioso atacou frontalmente a revista feminina *Constanze* - a revista seria uma "flor de um pântano de duvidosos produtos culturais que faria os seus negócios com a quebra da decência e da dignidade, especulando de modo inconsciente com os instintos primitivos de um povo cansado" -, o Tribunal Federal decidiu que o "ataque direto ao direito protegido da autora a um desenvolvimento livre de perturbações do seu círculo de atividade empresarial" só seria justificado se o lesante tivesse agido em defesa de interesses legítimos e escolhido o "menor mal jurídico", usando o meio mais "cuidadoso" e não ultrapassando com a sua crítica a "medida objetivamente imposta"; isso não teria acontecido aqui, pois o réu ter-se-ia movido fora do âmbito de uma crítica objetiva⁶⁵.

⁶⁴ KÖTZ / WAGNER, *Deliktsrecht*, Neunte Auflage, Luchterhand, 2001, págs. 33-36.

⁶⁵ BGHZ 3, 270 (decisão de 26.10.1951). Com fundamentação semelhante, a anteriormente referida sentença respeitante ao envio de listas negras de maus pagadores; também assim uma sentença do Tribunal Superior do Land de Dusseldórfia de 3.3.1953, MDR 1953, 356, em que uma revista foi proibida de

Em Acórdão de 10 de maio de 1957, o mesmo tribunal aponta todo o boicote negocial como um ataque ilícito ao direito à empresa, o que "só em casos excepcionais, dentro de estreitos limites", será justificado. Mesmo quando a exortação ao boicote esteja ao serviço de valores éticos e sociais, aquando da verificação da ilicitude ter-se-ia de partir "do princípio do maior cuidado possível com os direitos alheios e de se evitar toda a causação de danos não incondicionalmente necessários para a defesa dos interesses"⁶⁶. Também com base num ataque injustificado à empresa foi considerado ter atuado ilicitamente um instituto televisivo que numa emissão de modas tinha criticado o casaco fabricado pela autora como fora de moda e "não usável", indicando incorretamente como emendada a pele de que estava provido; decerto que à televisão era lícito criticar, mas só com objetividade⁶⁷.

Ora deve notar-se que, impostadas as questões desta forma, se concede à proteção das posições económicas um nível superior ao do direito à liberdade de expressão, residindo aquele privilégio dos interesses económicos no facto de toda a manifestação crítica capaz de prejudicar o "livre desenvolvimento comercial" (*gewerblich*) ser em princípio considerada ilícita e a sua conformidade ao direito só se poder justificar *a posteriori*, quando a crítica, na perspetiva do órgão judicial, não abandonou o terreno da "objetividade" e foi feita de um modo tão atenuado e cuidadoso quanto possível.

A falta de equilíbrio desta jurisprudência torna-se especialmente nítida quando se pense em casos em que é exercida crítica sobre a qualidade e utilidade de bens de consumo; enquanto ao produtor é lícito utilizar publicidade sugestiva, que, em larga medida, visa fazer o consumidor acreditar em diferenças adicionais (psíquicas) face a produtos essencialmente iguais, ao invés, a crítica robusta e franca à imagem do produto criada desta maneira só há-de ser admissível quando e na medida em que corresponde à imposição estrita da objetividade e ao princípio do maior cuidado (*Schonung*) possível⁶⁸.

Entretanto verificou-se de facto uma notória mudança de orientação, tendo o impulso sido dado por diversas decisões do Tribunal Constitucional Federal, nas quais foi

desaconselhar ao público de uma forma geral a frequência de um cinema em que fora passado um filme apontado como perigoso do ponto de vista católico.

⁶⁶ BGHZ 24, 200, 206.

⁶⁷ BGH NJW 1963, 484, 485. Cfr. Friedrich KÜBLER, "Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen", *AcP* 172 (1972), págs. 177 s., 198, considerando a solução correta quanto aos resultados.

⁶⁸ KÖTZ / WAGNER, *Deliktsrecht*, cit., pág. 274.

clarificado que o direito fundamental à livre manifestação da opinião é "pura e simplesmente constitutivo para uma ordem estadual de liberdade democrática" e que os interesses económicos dos indivíduos têm em princípio de recuar para segundo plano quando se trata de que, numa questão importante para a sociedade, se forme uma opinião pública⁶⁹.

Importante neste plano foi o caso *Lüth*, julgado por aquele tribunal constitucional no ano de 1958. *Lüth* tinha-se manifestado numa carta aberta contra o aparecimento público de Veit Harlan, proeminente realizador de filmes nacional-socialistas, e exortado ao boicote de um filme que estava na altura a ser rodado com a colaboração de Harlan. Face ao correspondente pedido do produtor, *Lüth* foi proibido pelo tribunal do Land de Hamburgo de repetir a exortação ao boicote; o recurso daquele para o tribunal constitucional obteve, porém, êxito, tendo-se escrito na respetiva sentença:

"quando está em causa que se forme uma opinião pública numa questão importante para o bem comum, os interesses privados, a saber, os interesses económicos dos indivíduos, têm em princípio de passar para 2º plano. Estes interesses não ficam por isso sem proteção, pois o valor do direito fundamental patenteia-se também justamente nisso que cada um dele pode fazer uso. Quem se sente lesado através de uma declaração pública de outrem pode igualmente replicar perante a opinião pública. Somente na confrontação das ideias sustentadas com igual liberdade se realiza a opinião pública, formando a sua opinião pessoal os particulares membros da sociedade a quem aquelas se dirigem"⁷⁰.

213

Foi abandonada a partir daqui (também nas decisões do Tribunal Federal) a ideia de que a crítica desfavorável para uma empresa é em princípio ilícita e só excecionalmente pode ser admitida. E também não por muito tempo se manteve o princípio de que uma crítica só é admissível quando é levada a cabo "com a maior moderação possível" e não ultrapasse a "justa medida"⁷¹.

Antes, em cada caso concreto, tem agora de se comprovar positivamente, com base numa ponderação de bens e de interesses, que o comportamento crítico ultrapassou os limites juridicamente admissíveis, defendendo-se assim (contrariamente à corrente jurisprudencial dominante até então) uma presunção da legitimidade do "livre discurso"

⁶⁹ KÖTZ / WAGNER, ob. e lug. cit.

⁷⁰ BVerfGE 7, 198, 219. Cfr. Jorge FIGUEIREDO DIAS, "Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Portuguesa", *RLJ* 115, 100, 133 e 170 s., e NUNO DE SOUSA, *A Liberdade de Imprensa*, Coimbra, 1984, cap. V (255 s.).

⁷¹ JZ 1984, 940, 941 s., com anot. de HUBMANN = GRUR 1984, 684, 685 s., com anot. de SCHULTZE, e BGH NJW 1970, 187, 189 s., com anot. de WENZEL.

(*freien Rede*), na medida em que com ele se presta um contributo para a discussão de questões importantes para a comunidade⁷².

Leading case constitui o chamado caso do "fogo do inferno" (*Höllengeuer*)⁷³. Também aqui, como no caso "Constanze", se trata de uma disputa entre órgãos de imprensa. A revista "Stern", num artigo intitulado "arde realmente um fogo no inferno?", tinha-se ocupado criticamente com problemas de teologia católica e da prática da Igreja e queixava-se de um semanário católico que a tinha severamente censurado por "provocação religiosa", "lance disparatado" (*Dummenfang*) e "desconhecimento ou falsificação leviana de factos".

O Tribunal Federal rejeitou a Acção da Stern, aduzindo

"o senado, em concordância com o Tribunal Constitucional Federal, parte da presunção a favor da legitimidade do «livre discurso» quando se trata de um contributo para uma luta de opinião espiritual numa questão que toca essencialmente o público através de alguém legitimado para tal. Para garantir a livre discussão de questões importantes para a comunidade pode impor-se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, deixar em segundo plano a proteção de bens jurídicos privados. Justamente em trocas de opiniões a respeito de assuntos que estão para além da referência a pessoas particulares e abordam uma temática de grande transcendência para a vida comunitária, o sentido do art. 5 da Constituição exige que também no modo de manifestação da opinião seja concedida pelo direito uma grande liberdade e que se aja com reserva na afirmação de uma intenção difamatória ou de uma perturbação ilícita dos interesses da empresa (...). Se a Lei Fundamental atribui à garantia jurídica da liberdade de manifestação da opinião uma importância transcendente, então subjaz-lhe o pensamento de que, numa democracia livre, o cidadão adulto chamado a um juízo próprio na luta de opiniões, é ele próprio capaz de reconhecer o que é de reter de uma crítica que renuncia a uma fundamentação e ataca a opinião contrária de um modo irónico-malicioso ou invetivo-afrontoso (*schimpfend-polternder Art*)⁷⁴.

214

E questões importantes para a coletividade não são somente discutidas aí onde se trata de problemas de interesse político, artístico ou teológico geral; é também importante para a coletividade quando se discute publicamente a composição ou eficácia de produtos medicinais, homeopáticos ou cosméticos, ou quando se alude a situações anómalas no sector do crédito, na indústria de viagens ou no ensino à distância. Reconhece-se aí que é lícito neste contexto chamar as coisas pelos seus nomes e, como exemplos para as apontadas situações anómalas, colocar sob a lupa crítica produtos particulares, com indicação do seu produtor⁷⁵.

⁷² BGHZ 36, 77, e BGH NJW 1965, 295.

⁷³ BGHZ 45, 296 (decisão de 21 de junho de 1966).

⁷⁴ Loc. cit., 308.

⁷⁵ KÖTZ / WAGNER, ob. cit., pág. 275, com remissão para BGH 14.1.1969, MDR 1969, 298, e 20.6.1969, NJW 1970, 187.

Demonstrativa desta orientação é a sentença do Tribunal Constitucional Federal de 20.4.1982, a qual, com base no art. 5º (I 2) da Constituição Federal, anulou uma sentença do tribunal estadual de Zweibrücken⁷⁶ que dera razão a uma associação de empresários do sector da concessão de crédito, negando à editora da revista "*Das Neue Blatt*" a utilização em futuros artigos sobre problemas de concessão de crédito da expressão "Kredithaie" (nós falaríamos talvez em "voragem de tubarão no sector da concessão de crédito")⁷⁷.

O Tribunal Federal considerou até mesmo tão relevante o interesse público na obtenção de informações acerca de acontecimentos internos na redação da "*Bild-Zeitung*" que foi considerada como lícita a publicação de um livro, apesar de as informações terem sido obtidas de forma ilegal, a saber, tendo-se o seu autor introduzido na redação como colaborador, utilizando um nome falso (caso *Wallraff*)⁷⁸.

Por outro lado, existem obviamente limites para a crítica lesiva para a empresa, mesmo quando ela concerne um tema importante para a coletividade⁷⁹.

A fronteira não deve ser traçada aí onde as declarações críticas, de acordo com a opinião do juiz, dos que "pensam justa e equitativamente" ou da maioria do público, são não objetivas, inconvenientes, sem taco, com uma nota sentimental, perigosas ou destrutivas. Mas antes só é lícito impedir ou sancionar juridicamente a crítica prejudicial para a empresa aí onde ela já não presta qualquer contributo reconhecível para que o público possa formar em liberdade uma opinião informada acerca de questões de interesse geral. Um contributo para tal não é prestado através de uma "crítica destrutiva odiosa ou de má fé", mas por outro lado, àquele que é empurrado por um ataque duro e polémico

⁷⁶ Publicada na *NJW* 1981, 129.

⁷⁷ *BVerfGE* 60, 234.

⁷⁸ *BGHZ* 80, 25; criticamente, BETTERMANN, "Publikationsfreiheit für erschlichene Information?", *NJW* 1981, 1065.

⁷⁹ *BGH* 29.1.1985, *NJW* 1985, 1620 e o comentário, concordante quanto ao resultado mas não quanto à fundamentação, de Friedhelm HUFEN, "Meinungsfreiheit und Boykottaufruf", *JuS* 1986, 192-194 (um jornal diário publicara, na forma de um anúncio, o apelo de uma redatora ao boicote de rendas contra uma sociedade <autora> administradora de mais de 30 000 habitações, o qual constituiria expressão do protesto e oposição contra a política habitacional da indicada sociedade, descrita como de "destruição da cidade". A autora pediu a condenação dos réus à omissão do apelo, bem como à publicação de uma comunicação em que se aconselhassem os leitores e inquilinos da autora a não seguirem a exortação ao boicote e a pagarem pontualmente as rendas. O tribunal de comarca rejeitou a Acção, com fundamento na liberdade de opinião da autora do apelo; o tribunal de recurso deu provimento ao pedido de omissão, não tendo tido êxito o recurso de revisão para o BGH. Não foram tidos em conta quaisquer aspetos específicos do direito de imprensa).

para uma situação defensiva tem de ser permitida uma defesa igualmente polémica, até mesmo um "contragolpe muito drástico", sem que a justiça se deva arrogar um papel de juiz arbitral (assim, no caso do "fogo do inferno", cit. *supra*)⁸⁰.

Neste contexto reveste-se igualmente de grande importância o grupo de casos de "testes comparados de mercadorias", em que se coloca igualmente o problema de determinar os limites da admissibilidade da crítica prejudicial para a empresa com base numa ponderação entre a atividade empresarial protegida e a igualmente protegida liberdade de expressão, que aqui visa o esclarecimento do consumidor.

Num caso decidido pelo Tribunal Federal em 9 de dezembro de 1975, a ré, fundação de testes de mercadorias, submetera a um teste comparativo os fechos de segurança dos esquis da autora e os de outros produtores. Os da autora haviam fechado mal, o que a autora atribuiu a um processo inadequado de teste, exigindo da ré que omitisse a posterior divulgação dos resultados do mesmo, no que a si se referia, e fizesse uma declaração no sentido de que, nessa medida, não mantinha os seus juízos de valor.

O tribunal não deixou de ponderar que o público atribui às publicações da fundação de testes uma confiança mais forte do que a um artigo de jornal que se ocupa de forma crítica com questões teológicas ou políticas. Foi no entanto de opinião de que os limites admissíveis da crítica prejudicial à empresa só são ultrapassados quando as investigações do teste não foram levadas a cabo de forma neutral, especializada e objetivamente, isto é, não foram executados no esforço de alcançar correção material⁸¹.

O considerável espaço de manobra que fica à disposição do instituto de testes só é abandonado quando se chega a juízos conscientemente errados, conscientes distorções ou dados incorretos, ou quando as mercadorias postas em comparação foram com consciência escolhidas unilateralmente e além disso quando o tipo de procedimento aquando da verificação e as conclusões daí tiradas não aparecem como defensáveis.

⁸⁰ KÖTZ / WAGNER, ob. cit., págs. 275-276. Cfr. os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do Código Penal.

⁸¹ BGHZ 65, 325 = NJW 1976, 620, com anot. de TILMANN (624) = JZ 1976, 446, com anot. de DEUTSCH (451). Para a apreciação de um caso próximo (num guia de hotéis, o do autor havia sido baixado do escalão de "hotel de luxo" para o de "grande conforto"), v. a decisão do tribunal do Land de Frankfurt, de 24.1.1974, DB 1974, 576.

5. Apreciação crítica. O “direito à empresa” como um direito de personalidade económica. Os problemas que a concretização do direito à empresa (ou ao estabelecimento) coloca são afinal similares aos levantados pelo direito geral de personalidade. Em ambas as hipóteses estamos perante “direitos-quadro” cuja violação não indicia a ilicitude, antes tendo esta de ser averiguada em concreto através de uma ponderação de interesses e de valores.

Por outro lado, o estabelecimento não merece proteção apenas quando já está instituído, fornecendo a “corporização material” que constituiria a base segura para a aceitação de um direito subjetivo⁸². O empresário potencial merece igualmente proteção. Neste enquadramento, parece preferível, com Wolfgang Fikentscher⁸³, perspetivar este direito subjetivo como um “direito de personalidade económica”, ou seja, uma projeção do direito geral de personalidade no campo de atuação da vida económica⁸⁴.

Neste sentido se inclina a jurisprudência suíça, a qual, com base no art. 28 do respetivo Código Civil, protege também o “lado económico do direito de personalidade”. Impedimentos de fornecimento, boicotes e medidas semelhantes da luta económica, quando não admissíveis, são aí qualificados como violação da liberdade pessoal do que exerce a empresa à participação sem perturbações na concorrência económica⁸⁵.

217

6. Âmbito de proteção; requisitos. Estamos perante uma figura de pura criação pretoriana. Na doutrina, as posições têm sido predominantemente de forte reserva senão mesmo de franca oposição, neste último plano se destacando Larenz / Canaris, que pretendem o abandono total desta construção⁸⁶.

Procuraremos em primeiro lugar aprofundar um pouco a razão de ser desta resistência, o que nos permitirá compreender melhor as fortes limitações que a

⁸² *Responsabilidade por Informações*, cit., pág. 211.

⁸³ *Schuldrecht*, Neunte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1997, págs. 753-755. V. também Karsten SCHMIDT, “Integritätsschutz von Unternehmen nach § 823 BGB – Zum «Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb»”, *Juristische Schulung*, 1983, págs. 985 s., II 4.

⁸⁴ Cfr. VAZ SERRA, *Requisitos*, cit., págs. 122-125.

⁸⁵ V. por ex. BGE 82 II, 292 s. Sobre o direito suíço, FRANK, “Der Schutz der Persoenlichkeit in der Rechtsprechung der Schweiz”, *AcP* 172 (1972), 56 s.; HAUSHERR, “Verstärker Persoenlichkeitsschutz: Der Kampf ums Recht in verschiedenen Fronten”, *Festgabe Deschenaux*, 1977, 321 s.; LÜCHINGER, “Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien”, *SJZ* 70 (1974), 321 s.

⁸⁶ Ob. cit., § 81, IV. Sobre o enquadramento dogmático proposto por estes autores, com distinção dos diferentes grupos de casos, v. § 81 III.

jurisprudência vem colocando para a atribuição de uma pretensão indemnizatória a este título.

Em primeiro lugar, em complemento à exposição do n.º 3 *supra*, notar-se-á que o conceito do “direito” nos aparece como demasiado estático⁸⁷ para abranger a compreensão dessa realidade que é a empresa ou estabelecimento.

Pois o essencial não é que a empresa exista, mas antes que funcione de uma forma dinâmica, realizando negócios e produzindo lucros. Numa economia de concorrência, nem uma coisa nem a outra podem ser juridicamente garantidas, isto é, a empresa não pode estar protegida do mesmo modo que a propriedade. Sendo isto assim e estando abertamente em jogo um alargamento da proteção contra danos patrimoniais primários e contra perturbações da liberdade de atuação económica⁸⁸, então torna-se evidente que só pode estar em causa uma proteção contra determinados tipos de perturbações ou ataques.

Em consonância, o modo mais correto de proteger a empresa/empresário contra essas perturbações será através de disposições legais visando a proteção dos interesses que aqui estão em jogo (segunda modalidade da ilicitude), em aditamento à legislação do direito da concorrência e outras normas de direito civil (desde logo, proteção da propriedade), aspeto em que a doutrina tende a convergir; tutela naturalmente completada pela sanção daquele “mínimo ético” garantido pela atuação do abuso do direito ou pelas normas que punem com uma obrigação de indemnizar a causação de danos contra os bons costumes (ou usos comerciais)⁸⁹.

Porque essa proteção através de disposições especiais é lacunosa, tem de se reconhecer⁹⁰ a necessidade de um complemento por outras vias⁹¹. Mas sem esquecer que a aceitação de um “direito à empresa” (ou “direito ao estabelecimento”) traz consigo o

⁸⁷ Dieter MEDICUS, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 11. Aufl., Beck, München, 2003, § 141 III 1. b.

⁸⁸ LARENZ / CANARIS, ob. cit., pág. 539.

⁸⁹ V. ESSER / WEYERS, *Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2*, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, §§ 54 I 1. b) e 55 I (págs. 145 e 165-166). Segundo KÜBLER (*AcP* 172, 198), no caso de crítica pública a produtos ou a prestações profissionais, o que está em causa não é propriamente uma ponderação de bens e interesses, mas saber "... se é observado aquele mínimo de *Fairness* que o § 826 exige pura e simplesmente para a convivência humana ...". Esta seria, pois, o correto lugar dogmático para a discussão do problema (a que entre nós corresponderia o instituto do abuso do direito).

⁹⁰ Neste ponto em respeitosa discordância com LARENZ / CANARIS, ob. e lug. cit.

⁹¹ FIKENTSCHER, ob. cit., pág. 754.

perigo real de uma responsabilidade em extremo ilimitada com referência a hipóteses de causação de danos com negligência simples.

Basta pensar na situação banal de danos corporais a um trabalhador especializado ou a um administrador de uma empresa (v.g. num acidente de trânsito), cuja impossibilidade de trabalho provoca prejuízos ao empregador⁹².

Neste contexto se compreendem as restrições que a jurisprudência vem colocando, as quais se nos antolham inteiramente justificadas.

Em primeiro lugar, o “carácter imediato” (*Unmittelbarkeit*) do “ataque”, que os tribunais procuram concretizar verificando se se está perante uma agressão “dirigida à empresa” (*Betriebsbezogenheit*)⁹³.

Tem de se ter em conta a direcção da vontade do agente para avaliar se a atuação é dirigida contra a empresa que se queixa de prejuízos. No caso de ataques fisicamente dirigidos a partir de fora só um número muito limitado obedecerá a este requisito⁹⁴, já que o “relacionar-se com a empresa” não resulta em primeira linha dos efeitos concretos da ação, antes da “direcção do ataque” (*Angriffsrichtung*) do ato causador de danos.

219

Por esta via as lesões causadas em “partes separáveis” da empresa (*ablösbarer Teile*), v.g. em máquinas, ficam excluídas do âmbito de protecção deste direito. E o mesmo se diga no caso de lesões sofridas por um terceiro, como no caso de atropelamento de um empregado.

Este requisito falha por exemplo no caso do corte de um cabo de energia que provoca a suspensão da laboração de uma empresa, visto que (e na medida em que) o ato lesivo não foi intencionalmente dirigido contra aquela empresa e não basta que ela, em concreto, tenha sido atingida⁹⁵.

⁹² MEDICUS, ob. cit., págs. 389-390, fazendo igualmente referência à hipótese de corte de cabos de energia.

⁹³ LARENZ / CANARIS, pág. 540.

⁹⁴ Michael KITTNER, *Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen – Wirtschaftliche Zusammenhänge*, 2. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2002, pág. 396.

⁹⁵ LARENZ / CANARIS, pág. 541; Hk-BGB/ STAUDINGER, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, § 823, número lateral 122.

Em segundo lugar, com respeito à relação com outros possíveis fundamentos de uma pretensão indemnizatória, desenvolveu o Tribunal Federal o princípio da subsidiariedade⁹⁶, de acordo com o qual o direito à empresa só pode intervir como um *Auffangtatbestand* (expressão que poderemos aproximativamente traduzir por “Tatbestand de acolhimento”), que serve unicamente para o preenchimento de lacunas, em princípio atrás de qualquer pretensão concorrente (desde logo o direito de propriedade sobre coisas pertencentes ao estabelecimento, v.g. o próprio edifício), a não ser que o ataque tenha sido doloso.

No domínio da concorrência, uma indemnização só será possível com base nas normas especiais deste sector do direito.

7. Direito à empresa: o caso *sub iudice*. Também no direito português se faz sentir a necessidade de proteção da empresa ou estabelecimento comercial, globalmente considerados (como coisa unitária) contra ataques vindos do exterior.

Todavia, por razões que se prendem fundamentalmente com o carácter da proteção a conceder no âmbito do direito das obrigações, não nos parece nada conveniente falar aqui em “direito de propriedade”, mas antes em “direito à empresa” (ou estabelecimento), entendido este não à imagem e semelhança do direito de propriedade, mas antes como uma vertente do direito geral de personalidade, concretizado na atividade económica de criação e exploração de uma empresa.

A diferença entre o direito de propriedade, *tout court*, e o direito à empresa é que ali estamos perante um clássico direito absoluto ao passo que aqui estamos perante um “direito-quadro”.

Como nos ensina Wolfgang Fikentscher, “eles distinguem-se através disso que, no caso de direitos absolutos a intervenção (*Eingriff*) indicia a ilicitude (...), o que não acontece nos direitos-quadro”⁹⁷.

Ora é atualmente pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que a ilicitude tem sempre de ser positivamente demonstrada no caso concreto, o que exige a elaboração de “normas de conduta” adaptadas ao sector da vida económica.

⁹⁶ BGHZ 36, págs. 252-256; 55, 153-158; 105, 346-350.

⁹⁷ Ob. cit., pág. 754.

A longa elaboração dogmática com que se depara no direito germânico – a primeira decisão em que foi reconhecido o “direito à empresa instituída e exercida” data de 1904 – e as diretrizes fundamentais que da mesma se retiram podem decerto servir-nos de guia.

Pois bem. Neste contexto, *quid iuris* quanto ao caso em análise?

É patente que a pretensão indemnizatória das Autoras não pode fazer vencimento por falta de um requisito essencial: o carácter direto ou imediato (*Betriebsbezogen*; dirigido à empresa) do “ataque”.

Ao agir, a Ré tinha exclusivamente em vista a prossecução de uma finalidade de interesse público, de acordo aliás com os seus Estatutos, inicialmente aprovados pelo Decreto-Lei n.º 418-B/98, de 31 de dezembro.

Carece, pois, de fundamento, pelo prisma do direito à empresa, o pedido de indemnização apresentado pelas Autoras.

Na jurisprudência alemã encontramos de resto um caso que apresenta fortes analogias com o dos autos, o *Elbe-Seitenkanal*.⁹⁸

Por culpa de um funcionário da República Federal, verificou-se a rotura de um dique, num canal em uma zona lateral ao rio Elba, do que resultou ficar esse canal transitoriamente não navegável (pelo esvaziamento da água), com prejuízo para o proprietário de um armazém de depósito de mercadorias a que só podia haver acesso através daquele canal.

A fundamentação do pedido indemnizatório num ataque à “empresa instituída e exercida” foi rejeitada pelo Tribunal Federal, que considerou o encerramento do acesso pela via aquática “uma consequência geral, mais ou menos casual, do acontecimento danoso”⁹⁹.

No caso dos autos acontece até que são cerca de 1200 os estabelecimentos que ocupam as áreas abrangidas pelas obras.

⁹⁸ BGHZ 86, págs. 152 s. (=Juristenzeitung 1983, 857 s., com anotação de Peter-Christian MÜLLER-GRAFF nas págs. 860 s.).

⁹⁹ V. MÜLLER-GRAFF, ob. cit., III (pág. 864), concordando com a solução embora colocando reservas à fundamentação.

E nada indica que as Autoras tenham sofrido “prejuízos anormais e especiais”, para utilizar a terminologia do art. 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

A inexistência de um “ataque direto” “dirigido (pela Ré) às empresas” ou estabelecimentos das Autoras aparece no caso dos autos como paradigmático.

Uma última nota a respeito desta nota da “imediaticidade” ou carácter direto da agressão.

Ela tem sido criticada por alguma doutrina, não porque não seja necessário um resguardo adequado num domínio em que a posição do Código Civil é de rejeição em princípio de toda e qualquer indemnização, por se tratar à partida de danos pura ou meramente patrimoniais, só indemnizáveis, como regra, se existir uma disposição legal de proteção destinada a proteger estes interesses ou uma atuação com abuso do direito, pelo que a sua proteção fora desse quadro representa um desenvolvimento *praeter legem* do direito.

A crítica baseia-se antes em que a invocação deste argumento é muitas vezes um “biombo” que impede ou “vela” a exposição aberta e franca das ponderações de interesses e valores que estão por detrás das decisões dos tribunais¹⁰⁰.

Mas mesmo autores que assim o entendem não deixam de afirmar a legitimidade do requisito do “carácter imediato” no grupo de casos dos “ataques físicos”, como aquele de que se cura na situação em análise¹⁰¹.

Em suma, não parece ter existido a violação de um direito subjetivo, antes a não verificação de “meras expectativas”, não indemnizáveis¹⁰².

Entre as restrições gerais ao direito de propriedade e à liberdade de atuação económica deve incluir-se o ter de suportar incómodos e até uma diminuição do volume de negócios devido à realização de obras públicas importantes, como as implicadas pelo processo de requalificação da baixa portuense em relação com a preparação do evento “Porto, Capital Europeia da Cultura – 2001”.

¹⁰⁰ Neste sentido, MÜLLER-GRAFF, ob. e lug. cit. na nota anterior.

¹⁰¹ Expressamente neste sentido, FIKENTSCHER, pág. 755, *in fine*.

¹⁰² Cfr. Ac. do STA, 1.ª Secção, de 12 de janeiro de 1999 (Recurso n.º 42.175), AD n.º 458, págs. 159 s., último ponto do sumário e pág. 171, com ind. bibliogr.

V

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Tribunal Judicial da Comarca do Porto, confirmada pelas instâncias superiores, entendeu ter ocorrido “uma grave e relevante restrição ou perturbação das condições objetivas de fruição e exploração (...), com reflexos em termos de perda de proventos” e com isso uma “(...) violação do direito subjetivo absoluto de propriedade ou de domínio das aqui AA. sobre os seus respetivos estabelecimentos comerciais”¹⁰³.

Obviamente que, depois dos desenvolvimentos anteriores, não podemos aprovar esta aparentemente irrestrita equiparação do direito à empresa, ou ao estabelecimento, ao direito de propriedade.

Como quer que seja, não foi posto em causa o conceito de ilicitude plasmado no Código Civil português. Aliás, em data recente, o Supremo Tribunal de Justiça ocupou-se, documentadamente, da questão dos “danos patrimoniais puros”¹⁰⁴.

Jorge Sinde Monteiro
Prof. Catedr. Jubilado da FDUC
Prof. da Universidade Lusófona do Porto

¹⁰³ Ponto 3.3., pág. 23 da versão impressa, respetivamente 1.º e 3.º §§.

¹⁰⁴ Ac. de 8 de setembro de 2016, Processo 1952/13.6TBPVZ.P1.S1 (*site* da DGSI).